

Da desconsideração da personalidade jurídica

RUI CELSO REALI FRAGOSO
Prof. de Dir. Comercial da F.M.U.-SP

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica ainda que lentamente vem ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais.

Busca-se, basicamente, com a utilização da teoria da desconsideração da pessoa jurídica impedir o abuso e a fraude através da constituição de entes jurídicos.

Assim, a constante procura no aperfeiçoamento de manobras para lesar o credor ou burlar uma lei é repelida com a utilização dessa teoria, que é um remédio eficaz na proteção do que é justo e por certo, também, legal.

Oriunda de decisões de tribunais norte-americanos e ingleses, aliás como característica do direito anglo-saxão, onde determinados institutos são tratados primeiro pelos tribunais para depois ganharem sistematização doutrinária, surgiu a chamada teoria de "disregard of legal entity" ou também "lifting the corporate veil", hoje igualmente difundida na Alemanha como "durchgriff der juristischen personen", na Itália como "superamento della personalita giuridica", na França como "mise a l'ecart de la personnalité morale", na Argentina como "teoria de la penetracion" e, no Brasil, como "desconsideração da personalidade jurídica" ou "despersonalização da pessoa jurídica".

Ao que tudo indica, o primeiro estudo no Brasil sobre a teoria da desconsideração da pessoa jurídica foi do Prof. Rubens Requião, a partir de um problema que lhe foi proposto: "se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a integram, pois são personalidades distintas; se o patrimônio da sociedade é autônomo, não se identificando com o dos sócios, seria fácil burlar o direito dos credores, transferindo previamente para a sociedade comercial todos os seus bens. Desde que a sociedade permanecesse sob o controle desse sócio, não haveria inconveniente ou prejuízo para ele em que seu patrimônio fosse administrado pela sociedade, que assim estaria "imune às investidas judiciais de seus credores" (RT 410/12).

Deste modo, percebe-se quão fácil é, por meio da criação de uma pessoa jurídica, tentar fraudar credores. E, a partir daí repousa na desconsideração da pessoa jurídica a viabilidade de obtenção da justiça.

Disso resulta que a completa separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem (artigo 20, do Código Civil) não deve e nem pode ser mantida em determinadas situações. É sabido que a pessoa jurídica, como sujeito de direito, do mesmo modo que do ponto de vista sociológico, é uma realidade social e uma formação orgânica investida de direito pela ordem jurídica, cuja consequência fundamental é a criação de um patrimônio próprio distinto do patrimônio dos seus sócios. Pois é justamente este preconceito jurídico da impenetrabilidade e inconfundibilidade de responsabilidade que é desconstruído pela aplicação da teoria em tela.

É importante ressaltar, desde logo, que a despersonalização do ente jurídico não o descaracteriza por completo nem torna nula sua constituição social, mas tão só desconsidera a personalidade jurídica para um determinado ato inequivocamente lesivo, tornando ineficaz a existência do véu corporativo para aquele ato.

Vale trazermos à baila, a excelente monografia do Prof. João Casillo, sobre o assunto: "Com efeito, toda vez que o julgador tenha que apreciar um caso onde se pretenda que a pessoa jurídica seja desconsiderada, se este for o caso, a decisão apenas vale para aquele caso, não implicando a extinção da entidade" (RT 528/24).

A ineficácia fica restrita ao ato atacado, permanecendo, em consequência, inalterada a pessoa jurídica para os seus demais fins e propósitos, uma vez que a desconsideração não atinge a constituição da sociedade e sua existência.

Fulminado o ato prejudicial ou abusivo, ignorada a personalidade jurídica naquele momento e para o fim almejado, retorna na sua plenitude a sociedade para novamente ser sujeito de deveres e direitos distintos de seus componentes.

Delimitando o espectro da teoria da despersonalização, cumpre-nos observar a possibilidade de seu uso e investigarmos a sua aplicação.

Ressalte-se que a desconsideração da pessoa jurídica deve ser vista como uma exceção à regra e, por tanto, aplicada em situações especialíssimas.

Inúmeras são as possibilidades de fraude e de abuso de direito que surgem e adquirem aparência de legalidade sob o véu corporativo da pessoa jurídica.

Em artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo (ed. 20-8-86) o Juiz Antonio Celso Pinheiro Franco mostra os contornos da fraude já barrados pela aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica indicando vários julgados nesse sentido (RT 484/149; 560/108; 568/108; 586/90; 592/172). E, ainda, vai mais além o magistrado, apontando a possibilidade de adequação da teoria à lei, "primeiramente porque o Código Civil indica como defeito dos atos jurídicos, a ensejarem a anulação o dolo (art. 92), a coação (art. 98), a simulação (art. 102) e a fraude contra os credores (art. 106). Ora, se em virtude dos notificados defeitos poderia o magistrado até anular o ato jurídico, o que significaria, na hipótese, o desfazimento da própria constituição da sociedade, com muito maior razão, poderia ele, se entendesse necessário e pertinente, apenas desconsiderar a exigência da pessoa jurídica para certos fins e efeitos...". É evidente que o raciocínio do culto juiz foi ampliativo e dentro do aforisma "quem pode o mais pode o menos", já que uma pessoa jurídica não poderia sequer nascer com aqueles vícios e se nascesse seria natimorta (art. 82 do Código Civil). Assim não seria de desconsiderar o que não houve para considerar, além dos mais, criada com objetivo lícito e sem vícios, a priori não se pode afirmar que uma pessoa jurídica exercerá atividade, praticará ou será beneficiada com ato que justifique antecipadamente sua desconsideração.

Sobre a legalidade da aplicação da teoria deparemos-nos com duas posições doutrinárias:

A primeira, esposada pelo preclaríssimo Clovis Ramalheite, justifica o entendimento da teoria como aplicação casuística do direito; e só viável se, com base na lei, pois no Brasil não se adotam os princípios do "commom law", sendo obrigatória a fundamentação legal. Daí parte para um elenco de disposições legais de nossa legislação, onde ocorre a desconsideração da pessoa jurídica, como por exemplo: o artigo 10, do Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (lei que rege as sociedades por quotas de responsabilidade limitadas), o qual dispõe que os sócios-gerentes "não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidárias e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei". Também o artigo 158, incisos I e II, da Lei das Sociedades Anônimas, traz a responsabilidade pessoal do administrador pelos prejuízos que causar, nas hipóteses mencionadas no dispositivo legal. A própria Lei de Falência (Decreto n.º 7.661 de 1945) estende, não a quebra, mas a obrigação de integralização das ações ou quotas para o capital por parte do acionista ou sócio na falência (art. 50). O Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172 de 1966) estabelece em seu artigo 134, VIII, que os sócios, em caso de liquidação da sociedade de pessoas, respondem solidariamente pelos débitos fiscais da empresa. Também os gerentes, diretores ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes, ou infração da lei, contrato social ou estatutos (art. 135, II).

Assim, o apoio legal para a desconsideração vem da aplicação direta da lei, quer pelos mencionados dispositivos legais, quer por aqueles mais genéricos que regulam a eficácia de qualquer ato jurídico.

Ora, em havendo disposição legal previsível para várias situações dos dois tipos de sociedade comercial mais freqüentes (Ltda. e S/A), poderíamos ser induzidos a um raciocínio superficial das desnecessidades de maiores explanações sobre a teoria em tela, o que é altamente enganoso.

Conforme preleciona o Prof. João Casillo, as situações examinadas, em que há disposição legal para determinadas circunstâncias equiparando a responsabilidade dos sócios ou diretores à da própria sociedade não apresentam consequências idênticas à desconsideração da pessoa jurídica, porque "quando a lei brasileira, como nos exemplos acima citados, impõe ao sócio gerente ou administrador a responsabilidade por dívidas da sociedade, o faz não porque uma dessas pessoas agiu de maneira contrária à lei ou ao contrato, mas como pessoa integrante da pessoa jurídica. Não foi a pessoa jurídica que teve a sua finalidade desvirtuada, não foi a pessoa jurídica como ser que foi manipulada, mas sim, o diretor, o gerente, o sócio que, na sua atividade ligada à empresa, andou mal. Quando se fala, por outro lado, em desconsideração da pessoa jurídica, é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei ou pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como véu, para encobrir uma realidade (op. cit.).

Aí está, com inegável precisão, a diferença entre as hipóteses mencionadas nos textos legais e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no oportuno magistério de Casillo.

Ressalva deve ser feita ao artigo 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, onde encontramos típica desconsideração da pessoa jurídica no seu conteúdo: "sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidades jurídicas próprias, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra,

constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e cada uma das subordinadas". Nesta hipótese, configura-se a aplicação direta da teoria no texto legal.

De qualquer forma, os artigos 4.º e 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, poderão servir de amparo legal para as decisões que vierem a desconsiderar a personificação jurídica, já que ao Juiz brasileiro não é dado legislar, ao contrário do que, por exemplo, ocorre na Suíça ("se a lei não contiver disposição aplicável deverá o Juiz decidir de acordo com o direito costumeiro e, onde também este faltar, como havia ele de estabelecer se fosse o legislador" art. 1.º, I, Introdução C. Civil, trad. do alemão por Souza Diniz. ed. RJ, 1961).

A fraude e o abuso do Direito podem aparecer de maneira a justificar a desconsideração da pessoa jurídica de diversas maneiras:

a) com a intenção de fraudar credores, v.g., "nos casos em que alguém em situação financeira difícil vem a transferir seus bens para uma pessoa jurídica, integralizando seu capital" (Casillo, ob. cit.). Inobstante a possibilidade do uso da chamada ação pauliana do direito civil, destinada a coibir a fraude contra credores, poderia ocorrer a hipótese da mesma estar prescrita (quatro anos de uma eventual alienação), só lhe restando, portanto, a tentativa de satisfação, não mais com a anulação do ato, mas sim com uma desconsideração da personalidade jurídica, como se verifica na situação trazida por Oswaldo Moreira Antunes, em artigo publicado em O Estado de S. Paulo, 16.11.86;

b) com a intenção de fraudar a lei, p.ex., a Lei n.º 6.634 de 1979 exige, pelo menos, 51% do capital em mãos de nacionais, à pessoa jurídica em atividade de mineração na faixa de fronteira. Para evitar os óbices legais foi criada uma empresa, aparentemente com capital nacional majoritário, com a proposta do empreendimento ficar a cargo de estrangeiros no nível de 74% dos encargos mas mantida a maioria do capital da empresa em mãos de brasileiros. A vontade na criação dessa sociedade era contornar uma restrição legal; daí gerou a desconsideração de sua personalidade jurídica, retratada no parecer do então Consultor Geral da República, Clóvis Ramalheite (ob. cit.). Aliás, este parecer foi combatido em judicioso trabalho de Mauro Rodrigues Penteado que, entre outros pontos ressaltados, indaga da impossibilidade de antecipadamente desconsiderar uma pessoa jurídica por ilicitude de sua constituição que beneficiaria e colocaria o poder de controle em mãos de estrangeiros, fato que só seria comprovável a *posteriori*, uma vez que, na sua criação, a sociedade preencha os requisitos legais (Rev. de Direito Mercantil n.º 51/127);

c) com a intenção de fraudar um contrato: p.ex. "uma pessoa assume obrigação de não fazer, mas depois cria uma pessoa jurídica, da qual se torna sócio majoritário e esta passa a fazer aquilo que seu principal sócio estava impedido pelo contrato" (Casillo, ob. cit.);

d) e a criação de empresas solidárias para sonegação de tributos, v.g., constituem-se empresas autônomas de um mesmo grupo para repartir despesas e, especialmente, tributos. Quando uma delas não mais interessa ao grupo ou não preenche mais os "fins" específicos, embora legais, para os quais foi criada, é abandonada, isto é, cessa completamente suas atividades, sem providenciar os documentos necessários para o seu encerramento legal e, decorridos cinco anos, a mesma firma desaparece definitivamente, sem nada requerer, nada pagar, inclusive a maioria dos tributos. Morre a firma como o ramo seco de uma árvore sem qualquer

responsabilidade para quem quer que seja, mas eventualmente com danos para o fisco ou o poder público;

e) outro exemplo, da pessoa jurídica ser utilizada para burlar a lei, ocorre com empresas em estado de insolvência e às portas da falência, que impossibilitadas de requerer a concordata, pelo fato de não contar dois anos de atividade comercial, adquirem através da fusão outra empresa, sem este óbice, e formulam o requerimento de concordata.

Em artigo publicado na Revista de Estudos de Direito Público, órgão da Procuradoria do Município de São Paulo, Fábio Ulhoa Coelho recorda a possibilidade do direito público poder se valer da doutrina da desconsideração em seu benefício não só nas hipóteses de créditos tributários, onde há regulamento específico (CTN) e, segundo alguns, não seria aí a hipótese cristalina e pura da aplicação da teoria, mas, também, para evitar que sócios ou sociedades inidôneas, por exemplo, para participar de uma licitação, venham, através de novas pessoas jurídicas constituídas com o sócio ou sócios impedidos, burlar a lei.

Extremamente oportuna a lição de Fábio Konder Comparato, no sentido da utilização da desconsideração da personalidade jurídica em favor da pessoa jurídica, já que costumeiramente ela é usada contra o ente jurídico, lembrando em especial a Súmula 486 do Supremo Tribunal Federal que enuncia o seguinte: "Admite-se a retomada para a sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio com participação predominante no capital".

Também o Tribunal Federal da Suíça aplicou a teoria da desconsideração ("durchgriff") para beneficiar a pessoa jurídica no caso que uma "holding" não se utilizou de determinada marca pelo prazo previsto em lei para que caducasse. Entretanto, outra empresa do mesmo grupo controlada pela mesma "holding" utilizou-se, e o Tribunal decidiu que, aí, os efeitos eram os mesmos, não canducando o direito à marca, pois, apesar da diferença formal, as duas empresas pertenciam ao mesmo fundo econômico (Jacques-Michel Grossen in "La personnalité morale et ses limites en Droit Suisse").

A teoria da desconsideração é uma realidade e inclusive foi acolhida no texto do projeto do Código Civil da autoria de Miguel Reale, por sugestão de Rubens Requião, que dispõe no seu artigo 48:

"A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade".

Parág. único: "Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens do administrador ou representante que dela houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração".

Eis, em breves linhas, a teoria do superamento da pessoa jurídica, surgida segundo Casillo, no ano de 1809, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o caso "Bank of the United States vs. Devenaux", no qual discutia-se sobre a incidência de uma disposição da Constituição americana, que diz que o Poder Judiciário Federal terá jurisdição, entre outros casos, naqueles onde esteja em discussão uma questão entre cidadãos de Estados diferentes. Colocada a questão para se saber se o banco deveria ser entendido como "Cidadão" do Estado onde

havia sido criado, o juiz recusou-se a reconhecer a "cidadania" do banco, mas disse que para os efeitos de fixação de competência, o elemento de conexão seria a cidadania estadual dos indivíduos que compuseram a sociedade, no caso diferente da do réu, fixando-se a competência federal (ob. cit.), ou, no célebre caso Salomon & Co., julgado em Londres em 1887, no qual o comerciante Aaron Salomon fundou uma pessoa jurídica conjuntamente com outros seis membros de sua família e cedeu seu fundo de comércio recebendo 20.000 ações representativas de sua contribuição ao capital, enquanto para cada um dos outros membros de sua família foi distribuída uma ação apenas. A companhia logo após começou a atrasar pagamentos e entrou em liquidação sem que seus bens fossem suficientes para a satisfação dos seus débitos. O liquidante sustentou que a atividade da empresa criada era ainda a própria atividade pessoal de Salomon e fora fundada para limitar a sua responsabilidade, tese aceita em primeira instância, e que caracterizou a aplicação da "disregard doctrine".

Assim, toda vez que o abuso e a fraude forem cometidos através da personalidade jurídica de uma sociedade cumpre levantar o véu corporativo, desconsiderando-a e penetrar na responsabilidade solidária de seus membros.